



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

I N N O M E D E L P O P O L O I T A L I A N O

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;
sul ricorso numero di registro generale 163 del 2020, proposto da I.E.F. Leonardo S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Emanuela A. Barison e Manuela Caporale, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Patrimonio Città di Settimo Torinese S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Davide Angelucci, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Cogedil S.r.l., non costituita in giudizio;

per l'annullamento

dell'aggiudicazione definitiva disposta nei confronti della Società COGEDIL S.r.l., e di tutti gli atti antecedenti, prodromici, preordinati, sequenziali e in ogni caso connessi all'inerente procedimento, nonché, occorrendo, per l'annullamento

del bando di gara e del disciplinare, *in parte qua*, in relazione alle clausole in cui si prevede l'applicazione dell'art. 97 comma 2 D.Lgs. n. 50/2016 secondo l'interpretazione fornita dalla SA, nonché, ancora, per la declaratoria di inefficacia del contratto ove medio tempore stipulato, nonché, infine, per il riconoscimento del risarcimento del danno.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Patrimonio Città di Settimo Torinese S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 22 aprile 2020 il dott. Carlo Testori e trattenuta la causa in decisione ai sensi dell'art. 84, comma 5, del d.l. n. 18/2020, essendosi riservato il Collegio anche la possibilità di definizione del giudizio ai sensi dell'art. 60 c.p.a.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.1) La società Patrimonio Città di Settimo Torinese s.r.l. ha indetto su piattaforma MEPA una gara mediante RdO (Richiesta di Offerta) finalizzata alla stipulazione di un "*Accordo quadro manutenzione edifici del Comune di Settimo Torinese*", da aggiudicare al prezzo più basso per un importo totale a base d'asta di euro 950.000,00.

La società I.E.F. Leonardo s.r.l. ha partecipato alla procedura offrendo un ribasso del 33,500%. Dal verbale delle operazioni di gara, svoltesi il 13 e 14/2/2020, risulta quanto segue:

- l'offerta di I.E.F. Leonardo s.r.l. si è classificata al primo posto nella graduatoria provvisoria tra le 12 offerte ammesse;

- ai fini dell'aggiudicazione definitiva la stazione appaltante ha proceduto a calcolare la soglia di anomalia, facendo applicazione delle disposizioni di cui all'art. 97 comma 2-bis del Codice dei contratti pubblici;

- dopo il calcolo della soglia di anomalia la stazione appaltante ha aggiudicato la gara alla società Cogedil s.r.l., che ha offerto un ribasso del 31,060%.

Ritenendo erroneo il calcolo operato della stazione appaltante, I.E.F. Leonardo s.r.l. ha presentato istanza di riesame e di revoca in autotutela del provvedimento di aggiudicazione, a cui la società Patrimonio ha fornito riscontro negativo richiamando la sentenza del TAR Palermo, sez. III, 27 dicembre 2019 n. 2979.

1.2) Contro l'esito della gara la società I.E.F. Leonardo s.r.l. ha quindi agito davanti a questo Tribunale depositando il ricorso in epigrafe e formulando le seguenti censure:

A) *Violazione di Legge per violazione e/o falsa applicazione dell'art. 97 comma 2bis e comma 8 D.lgs. n. 50/2016 e ss. mm. ii.; Eccesso di potere per errata interpretazione della norma e dei fatti presupposti; manifesta illogicità, ingiustizia grave e manifesta, sviamento.*

B) *Violazione di legge per violazione e falsa applicazione dell'art. 1 legge n. 241/1990 e ss. mm. Ii e dell'art. 30 D.Lgs. n. 50/2016. Violazione dei principi comunitari in punto di esclusione automatica delle offerte. Eccesso di potere per illogicità, ingiustizia grave e manifesta, erronea interpretazione ed applicazione delle norme.*

1.3) Per resistere al ricorso si è costituita la stazione appaltante Patrimonio Città di Settimo Torinese s.r.l., che ha depositato una memoria ricostruendo i fatti di causa (in modo sostanzialmente coincidente con quanto descritto nel ricorso) e rimettendosi alla decisione del TAR.

Non si è invece costituita in giudizio la controinteressata società Cogedil s.r.l., a cui il ricorso risulta ritualmente notificato via pec in data 28/2/2020.

1.4) Con decreto presidenziale n. 120 del 24 marzo 2020, adottato ai sensi dell'art. 84 commi 1 e 2 del D.L. 17 marzo 2020 n. 18, l'istanza di sospensione del provvedimento di aggiudicazione impugnato è stata accolta fino alla trattazione collegiale della domanda cautelare, fissata nella camera di consiglio del 7 aprile 2020.

In quell'occasione, vista la disponibilità espressa da entrambe le parti costituite in ordine all'eventuale adozione di una sentenza in forma semplificata, il TAR ha disposto un rinvio alla successiva camera di consiglio del 22 aprile 2020, con conferma della sospensione precedentemente disposta (ordinanza n. 176/2020), per consentire il decorso del termine (dimezzato) di cui all'art. 60 c.p.a.

Nella c.c. del 22 aprile 2020, infine, la causa è stata trattenuta in decisione.

2) Sussistono i presupposti per definire il giudizio nel merito, posto che la controversia si incentra su un'unica questione di diritto.

3) Il bando di gara prevedeva che il calcolo della soglia di anomalia delle offerte sarebbe stato effettuato secondo le prescrizioni dell'art. 97 comma 2 del codice dei contratti pubblici, in presenza di almeno cinque offerte ammesse. Essendo state ammesse 12 offerte, la stazione appaltante ha fatto applicazione di quanto previsto dal comma 2-bis del citato art. 97, che così dispone:

“Quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso e il numero delle offerte ammesse è inferiore a quindici, la congruità delle offerte è valutata sulle offerte che presentano un ribasso pari o superiore ad una soglia di anomalia determinata; ai fini della determinazione della congruità delle offerte, al fine di non rendere predeterminabili dagli offerenti i parametri di riferimento per il calcolo della soglia di anomalia, il RUP o la commissione giudicatrice procedono come segue:

a) calcolo della media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del 10 per cento, arrotondato all'unità superiore, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso; le offerte aventi un uguale valore di ribasso sono prese in considerazione

distintamente nei loro singoli valori; qualora, nell'effettuare il calcolo del 10 per cento, siano presenti una o più offerte di eguale valore rispetto alle offerte da accantonare, dette offerte sono altresì da accantonare;

b) calcolo dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la media calcolata ai sensi della lettera a);

c) calcolo del rapporto tra lo scarto medio aritmetico di cui alla lettera b) e la media aritmetica di cui alla lettera a);

d) se il rapporto di cui alla lettera c) è pari o inferiore a 0,15, la soglia di anomalia è pari al valore della media aritmetica di cui alla lettera a) incrementata del 20 per cento della medesima media aritmetica;

e) se il rapporto di cui alla lettera c) è superiore a 0,15 la soglia di anomalia è calcolata come somma della media aritmetica di cui alla lettera a) e dello scarto medio aritmetico di cui alla lettera b)".

3) Come esattamente rilevato dalla stazione appaltante nella sua nota del 24/2/2020 *“la questione di fondo risiede nella circostanza se le offerte ricadenti nelle ali, come quella della IEF Leonardo S.r.l., debbano essere accantonate soltanto ai fini del calcolo della soglia di anomalia per essere poi riammesse nella graduatoria finale, ovvero se debbano essere definitivamente escluse dalla graduatoria”*. Nel primo caso la società ricorrente risulterebbe prima classificata e dunque aggiudicataria, mentre nel secondo rimarrebbe esclusa dalla graduatoria.

A sostegno del proprio operato la società Patrimonio ha richiamato la sentenza del TAR Palermo, sez. III, 27 dicembre 2019 n. 2979 (pronunciata su una vicenda analoga a quella di cui si controverte nel presente giudizio) in cui si legge:

“La questione posta riguarda l'effetto fittizio o meno del cd. “taglio delle ali” che è un metodo di calcolo dell'anomalia diretto a eliminare fin da subito le offerte fuori mercato...

La ratio è quella di contemperare l'interesse del concorrente a conseguire l'aggiudicazione formulando un'offerta competitiva con quello della stazione appaltante ad aggiudicare al minor

costo senza rinunciare a standard adeguati e al rispetto dei tempi e dei costi contrattuali. Se il meccanismo del “taglio delle ali” risponde all’esigenza di porre rimedio al fenomeno delle offerte largamente e palesemente disancorate dai valori medi, presentate al solo scopo di condizionare pesantemente le medie, ciò implica che le offerte “tagliate” non vadano reinserite nelle successive operazioni di calcolo previste dall’art. 97 del Decreto legislativo n. 50/2016 (cfr. Adunanza Plenaria, 30 agosto 2018, n. 13);

Pertanto, le stazioni appaltanti escludono direttamente il concorrente ritenuto anomalo, senza che sorga la necessità di elaborare un giudizio tecnico sulla congruità dell’offerta e senza che possano essere presentate da parte dell’offerente eventuali spiegazioni sul prezzo: in tal caso, l’aggiudicatario è quello che ha presentato il prezzo più basso tra le offerte rimaste in gara, al netto del c.d. “taglio delle ali”, dopo l’applicazione dell’esclusione automatica delle offerte anomale”.

4) Nei due motivi di ricorso la società I.E.F. Leonardo s.r.l. sostiene, in sintesi:

- l’art. 97 comma 2-bis alla lettera a) qualifica espressamente come “*offerte da accantonare*” quelle soggette al “taglio delle ali”, cioè quelle da non considerare ai fini del calcolo della media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse; solo a tali fini opera l’accantonamento, che non significa affatto esclusione automatica e definitiva delle offerte in questione; una volta stabilita la soglia di anomalia, tornano in gioco tutte le offerte ammesse (comprese quelle soggette al “taglio delle ali”) e solo quelle che effettivamente superano la soglia in questione vanno escluse perché anomale; nel caso in esame la soglia di anomalia è quantificata nel 34,477% e l’offerta della ricorrente (33,500%) è inferiore a tale valore;

- l’esclusione della ricorrente, che ha formulato un’offerta inferiore alla soglia di anomalia, contrasta con i principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza, nonché di libera concorrenza, non discriminazione e proporzionalità.

5) Il ricorso è fondato.

È utile richiamare in proposito la sentenza n. 610 del 9 marzo 2020, pronunciata su un caso analogo dal TAR Catania, sez. I, in cui si esprime l'avviso *“che il taglio delle cd. “ali”, previsto dall’art.97, comma 2-bis lett. a), debba essere fittizio e non reale, ponendosi lo stesso nell’ambito del procedimento di individuazione della soglia di anomalia delle offerte.*

Tale soluzione discende:

a) dall’interpretazione letterale della legge, secondo cui “ ... il RUP o la commissione giudicatrice procedono come segue: a) calcolo della media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del 10 per cento, arrotondato all’unità superiore, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso”;

b) dalla finalità del meccanismo descritto: “ai fini della determinazione della congruità delle offerte, al fine di non rendere predeterminabili dagli offerenti i parametri di riferimento per il calcolo della soglia di anomalia”;

c) dalla circostanza che l’esclusione di un’offerta, da qualunque causa determinata, è sempre un evento eccezionale, quindi non può ricorrere se non nei casi tassativi nei quali la legge lo preveda espressamente.

Già l’Adunanza Plenaria (con sentenza n. n. 13 del 30 agosto 2018) - sia pure con riferimento alla diversa e vexata quaestio se le offerte “tagliate” debbano o meno essere (re)inserite nelle successive operazioni di calcolo previste dall’art. 97 del D.Lgs, n. 163/2016 – ha fatto chiaro riferimento alla circostanza che le offerte interessate dal taglio debbano essere “accantonate” (e quindi non escluse dalla gara), ai fini delle successive operazioni coinvolte nel calcolo della anomalia.

La giurisprudenza ha, inoltre, chiarito che: “Il metodo di calcolo della c. d. soglia di anomalia è composto da una serie di operazioni ... Ai fini del calcolo, la disposizione prevede l’accantonamento dal calcolo di quelle offerte che si collocano sui margini estremi del gruppo, così percentualmente definiti. Si presume infatti che le offerte che si collocano in queste fasce estreme possano corrispondere non tanto ad una reale intenzione di contrarre, quanto all’obiettivo di condizionare la determinazione della media stessa e dunque della soglia di anomalia (c. d. offerte

di appoggio): per questa ragione di prevenzione di un'ipotetica turbativa esse sono prudenzialmente accantonate dal calcolo e dunque temporaneamente private di effetto, salva restando la loro successiva verifica, ai fini della effettiva esclusione dalla gara, rispetto al risultato del calcolo stesso” (Consiglio di Stato, sez. VI, n. 4803 del 2017).

Il meccanismo del taglio delle ali, insomma, mira a porre rimedio al fenomeno delle offerte disancorate dai valori medi, presentate potenzialmente allo scopo di condizionare le medie; con tale meccanismo e per le dette finalità si “sterilizzano”, attraverso l'accantonamento, le offerte “estreme”, in vista e allo scopo dell'individuazione della soglia di anomalia delle offerte.

In altre parole, la detta operazione è “virtuale”; essa non comporta de plano l'esclusione automatica dalla gara delle imprese che abbiano presentato offerte ricadenti nelle “ali”, ma l'accantonamento temporaneo delle dette offerte dal calcolo della soglia di anomalia a fini prudenziali (T.A.R. Campania, Napoli, sez. VIII, n. 2800 del 2016).

In definitiva, va ritenuto che:

- a) il taglio delle ali opera fittiziamente solo ai fini della determinazione della soglia di anomalia e non determina alcuna esclusione automatica delle offerte che si trovino sulle “ali”;*
- b) se il legislatore avesse voluto disporre l'esclusione reale e non fittizia delle offerte “estreme” avrebbe dovuto esplicitarlo chiaramente.*

.....

Del resto, se la finalità ultima del complesso meccanismo “antiturbativa” su descritto è quella di contemperare l'interesse del concorrente a conseguire l'aggiudicazione, formulando un'offerta competitiva, con quella della stazione appaltante ad aggiudicare al minor costo senza rinunciare a standard adeguati e al rispetto dei tempi e dei costi contrattuali, tale finalità verrebbe frustrata ove si procedesse ad una automatica esclusione delle offerte “estreme” sol perché tali, ove non vi sia prova della “anomalia” e in assenza di una espressa e chiara previsione legislativa in tal senso...”.

Le considerazioni che precedono sono pienamente condivisibili ed evidenziano la fondatezza dei motivi di ricorso, che emerge in particolare dal dato concreto

rappresentato dalla circostanza che l'offerta della ricorrente (la migliore del lotto) risulta inferiore alla soglia di anomalia; per cui risulterebbe del tutto illogico escluderla dalla gara, privilegiando in tal modo un'offerta meno vantaggiosa per la stazione appaltante.

6) In conclusione, il ricorso deve essere accolto e l'aggiudicazione impugnata va conseguentemente annullata.

Le spese possono essere compensate tra le parti, tenuto conto della novità della questione.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando, accoglie il ricorso in epigrafe e conseguentemente annulla il provvedimento di aggiudicazione impugnato.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Torino nella camera di consiglio del giorno 22 aprile 2020, tenutasi mediante collegamento da remoto in videoconferenza, secondo quanto previsto dall'art. 84, comma 6, del d.l. 17 marzo 2020, n. 18, con l'intervento dei magistrati:

Carlo Testori, Presidente, Estensore

Silvia Cattaneo, Consigliere

Marcello Faviere, Referendario

IL PRESIDENTE, ESTENSORE
Carlo Testori

IL SEGRETARIO